

POR

LA RELIGION DEL CARmen Descalço,

CON

La Religion de san Francisco, y Prouincial de la Prouincia de Cantabria, de la dicha Orden.

LA pretension de la Religion del Carmen Descalço es, que en execucion de la escritura hecha entre el Padre frai Iuan de Orbea, de la Orden de nuestra Señora del Carmen de la Regular Obseruancia, y Testamentario de la Condesa de Tribiana doña Mariana Velez Ladron de Gueuara, con la Religion de los Carmelitas Descalços, se les ha de dar licencia para entrar à viuir el Conuento de nuestra Señora de la Concepcion de la ciudad de Vitoria, que mandò fundar don Carlos de Alaba, y mandò edificar la dicha Condesa de Tribiana su muger, para lo qual se supone en el hecho lo siguiente.

Suponese, q̃ en el testamento, con q̃ murio don Carlos de Alaba, q̃ se abriò en la ciudad de Valladolid en 16. de Março de 1604. años, ante la Iusticia ordinaria de la dicha ciudad, ai vna clausula del tenor siguiente.

Claufula del teftamento de don Carlos de Alaba.

¶ *Iten, quiero, y mando, que la renta de los dichos dos mayorazgos, el de mi padre, y efte que yo hago, lo que fobràre, pagados los dichos alimentos que afsi he mandado fe den à los dichos mis hijos, y hijas, fe conuierta en el edificio en las cafas que fe han de hazer para el mayorazgo de mis padres en la ciudad de Vitoria, y para hazer la Capilla que yo mando hazer en la dicha ciudad, junto à las dichas cafas; y para los bultos, retablos, y ornamentos, feruicio de plata, y las demas cofas que fe han de hazer para el feruicio de la dicha Capilla; porque defeo que las dichas cafas y Capilla fe empiecen, y acaben con mucha breuedad. Y acabada la dicha cafa y Capilla, y los dichos bultos, y ornamentos, y todo lo demas que fe ha de hazer, como adelante dirè, la renta que fobràre fe conuierta en las obras pias, y limofnas, y las demas cofas que la dicha doña Mariana de Gueuara hiziere, y ordenàre à fu voluntad; porque afsi en efto, como en lo que fe ha de hazer en los dichos edificios, retablos, y ornamentos, y lo demas, fe ha de guardar y cumplir lo que en ello hiziere, y ordenàre, y difpufiere, que para todo ello, y lo a ello anexo y dependiente le doi y otorgo baftante poder, tan cumplido como de derecho fe requiere. Y que fi en vida de la dicha doña Mariana no fe acabàre de hazer y cumplir todo lo contenido en efta claufula, quiero, y es mi voluntad, que la dicha doña Mariana pueda ordenar, que fe haga y cumpla todo lo fufodicho defpues de fu muerte, por las perfonas que ella quifiere nombrar y feñalar, como ella lo ordenàre, y mandàre que fe haga, aquello quiero que fe guarde y cumpla como fi yo expreffamente aqui lo dexaffe ordenado y mandado: y las perfonas que ella en fu vida, ò para defpues de fus dias feñalàre, y nõbràre que entienda han de hazer las dichas obras, les pueda feñalar el falario que quifiere; à los quales, y cada vno dellos les doi y concedo el dicho poder que à la dicha doña Mariana de Gueuara. Y quiero que fe guarde y cumpla lo que las tales perfonas, por ella nombradas, hizieren, como fi yo mifmo lo hizieffe, y mandaffe, porque efta es mi voluntad.*

Suponefe, que la dicha Condefa de Tribiana en el teftamento debaxo cuya difpoficion murio, dexò por fu Teftamentario al Padre Maeftro frai Iuan de Orbea, y en èl ai vna claufula del tenor figuiente.

Clau-

Clausula del testamento de doña Mariana de Gueuara.

¶ *Iten digo, que yo tengo comunicada mi voluntad, y la del dicho don Carlos mi señor con el dicho padre frai Iuan de Orbea, por tanto en la via y forma q̃ de derecho lugar aya, le doi poder, comission, y facultad, tan cumplida y bastante como de derecho se requiere, para que declare todas las dudas que se ofrecieren, en quanto à lo contenido en este mi testamento, y que ordene, y ponga las condiciones y clausulas que le pareciere, para mayor claridad y fuerça, y seguridad de lo que en el queda dispuesto. Y ansimismo se la doi para que haga lo mismo en quãto à todo lo que me cometio el dicho don Carlos mi señor, y que valga como si por mi fuera hecho.*

Suponese, que en execucion de las dichas clausulas el dicho Padre frai Iuan de Orbea otorgò vna escritura con la Religion de los Carmelitas Descalços, en que dixo, que porquanto el dicho don Carlos de Alaba auia mandado fundar vn Monasterio en la ciudad de Vitoria, y que la dicha Condesa de Tribiana, como su Testamentaria, auia hecho labrar y edificar vn Conuento de la Concepcion para frailes Franciscos Descalços, los quales porque no podian gozar de la renta que les auia señalado, ni la dicha ciudad de Vitoria los queria admitir de otra manera, sino era con la dicha renta para su sustento. Y aunque la dicha Condesa de Tribiana en su vida, y despues de muerta, el dicho padre frai Iuan de Orbea, como su Testamentario, auian pedido à su Sãtidad diesse licencia à la dicha Orden de Recoletos Franciscos para gozar la dicha renta por medio de su Sindico, en cuya cabeça se auia de poner, no lo auia querido dispensar, y se lo auia denegado dos vezes. Y vsando de la dicha clausula de la dicha Condesa de Tribiana, dio por ninguna la escritura de fundacion, hecha entre la dicha Condesa, y Orden de san Francisco: y continuando la voluntad que la dicha Condesa auia tenido, y el dicho don Carlos su marido, acordò, que el dicho Monasterio que està en la ciudad de Vitoria, le funden, pueblen, y habiten Religiosos del Carmen Descalços, como se contiene en la dicha escritura.

Suponese, que el Prouincial de la Orden de san Francisco de la Prouincia de Cantabria acudio al Consejo, y se presentò en grado de apelacion de vn auto proueido por el Alcal-

de

de ordinario de la ciudad de Vitoria, en que auia denegado àl a Orden de ſan Franciſco el entrar à viuir el dicho Conueto. Y por otra peticion hizo relacion diziẽdo,que entre doña Mariana de Gueuara, Condeſa de Tribiana,viuda de dõ Carlos de Alaba, por ſi, y como Teſtamentaria del dicho ſu marido, y la dicha Orden de ſan Franciſco,ſe auia otorgado cierta eſcritura, ſobre que en la ciudad de Vitoria ſe auia de fundar vn Conuento de Deſcalços Recoletos de la dicha Orden de ſan Franciſco, y que para eſte efeto ſe auia obligado a dexar renta perpetua, que en propriedad fueſſe del Alcalde ordinario de la dicha Ciudad, ò del pariente mas antiguo del linage de Alaba,para q̃ por via de limoſna acudieſſe, y dieſſe lo neceſſario para el ſuſtento de los Religioſos que en èl huuieſſen de viuir, y ſe obligò à hazer el dicho Conuẽto, y Igleſia con las rentas conſignadas para la dicha fundacion: y porque reſpeto de ſer nueua fundacion, no ſe podia hazer ſin licencia del Conſejo; y que de concederſela no reſultaua perjuizio alguno, por concurrir todos los requiſitos neceſſarios, pidiò licencia para que los Religioſos Recoletos de la Orden de ſan Franciſco entraſſen en el dicho Conuento.

Suponeſe, que auiendo tenido noticia la Religion de los Carmelitas Deſcalços de la dicha peticion, y licencia que en ella ſe pedia para entrar à fundar la Orden de ſan Franciſco, lo contradixeron, diziendo, que à ellos les tocaua la fundacion del dicho Conuento, en virtud de la eſcritura hecha cõ el Padre Maeſtro frai Iuan de Orbea,el qual auia tenido poder y facultad para ello; y por la incapacidad que tenia la Religion de ſan Franciſco de admitir ſemejantes fundaciones,y que la ciudad de Vitoria no les auia querido dar licencia para hazer la dicha fundacion, por los dichos inconuenientes: y ellos la tenian,por ſer capaces, y pertenecerles la dicha fundacion; y preſentaron la licencia y acuerdo de la dicha ciudad de Vitoria.

De que ſe mandò dar traslado à la parte de la Religion de ſan Franciſco, que contradixo lo pedido por los Carmelitas Deſcalços, y ſe concluyò el pleito por ambas partes, y ſe recibiò à prueba con cierto termino, y dentro dèl ſe hizieron probanças por parte de la Religion de ſan Franciſco, y Carmelitas Deſcalços,y ſe hizo publicacion de probanças,y alegò

gò de bien probado, y estando concluso, se dio auto por los señores del Consejo, en que se confirmò el auto del Alcalde ordinario de Vitoria, en que declarò no auer lugar de dar la possesion del dicho Conuento à la Orden de san Francisco; y mandò, que la dicha Orden dentro de ocho meses primeros siguientes, truxessen de su Santidad dispensacion, y confirmacion de las escrituras de fundacion del dicho Conuento, y hiziesse las demas diligencias que le conuiniessen; y passado el dicho termino con lo que huuieren hecho, ò no se traxesse al Consejo para proueer en razon de lo pedido por la Orden de los Carmelitas Descalços. Y el dicho auto se confirmò en reuista.

Suponese, que passado el dicho termino de ocho meses, y no auer traido la Religion de san Francisco confirmacion de su Santidad de las dichas escrituras, la Religion de Carmelitas Descalços acudio al Consejo, y pidio possesion del dicho Conuento de la Concepcion de la ciudad de Vitoria.

Y se dio traslado à la parte de la Religion de san Francisco, la qual contradixo la dicha possesion, y dixo, no tocaba el conocimiento desta causa al Consejo, por ser cosa espiritual; y sobre el articulo de remission huuo diferentes autos, y contradiciones por parte de los Carmelitas Descalços, insistiendo, se les auia de dar possesion del dicho Conuento; y sin embargo de lo pedido por la Religion de san Francisco, se huuo el pleito por cōcluso en lo principal, y se vio, y en 24. de Enero de 634. salio auto de los señores del Consejo, en q̃ mandaron, se pusiesse en consulta, con parecer, de que trayẽdo la Religion del Carmen Descalço consentimiento del Patron, ò Patrones para entrar con la fundacion, sobre que es este pleito, en la ciudad de Vitoria, se les dè licencia para ello.

Suponese, que la Orden de san Francisco puso pleito ante el Nuncio de su Santidad sobre la dicha fundacion, y presentò en el Consejo testimonio de la litis pendencia, y en virtud della pidio remission del dicho pleito al Tribunal del Nũcio de su Santidad.

De que se mandò dar traslado à la Religiõ de los Carmelitas Descalços, los quales lo contradixeron, y presentarõ cõsentimiento de la ciudad de Vitoria, y licencia del Ordinario de Calahorra para hazer la dicha fundacion, y se concluyò el

articulo, y en 26. de Febrero de 635. salio auto de los señores del Consejo, en que dixeron, que sin embargo del auto de 24. de Enero de 634. no auia lugar por aora la licencia pedida para entrar à fundar en Vitoria los frailes Carmelitas Descalços. Ni tampoco la que auian pretendido los frailes Franciscos. Y que el processo se lleuasse al señor Fiscal, para que acerca del cumplimiento de las obras pias, mandadas fundar por don Carlos de Alaba, y don Andres de Alaba, y su muger, y padre, y hermano pidiesse en el Consejo lo que le cōuiniesse.

Deste auto suplicò la Ordē de los Carmelitas Descalços, y expressò agrauios, alegando muchas razones.

Y se mandò dar traslado al Prouincial de Cantabria de la Orden de san Francisco, el qual opuso de cosa juzgada en el dicho auto.

Y por parte de la Religion de los Carmelitas Descalços se respondio, que no auia cosa juzgada, respeto de que los autos eran de por aora.

Y estando la causa en este estado, por parte del Prouincial de Cantabria se presentò vn testimonio del Notario Oficial mayor del Nuncio de su Sātidad, en que està inserta vna sentencia que dio, dando por ninguna la escritura que el Padre Maestro Orbea hizo en fauor de los Carmelitas Descalços; y declarò por capaces à los Religiosos de san Francisco del dicho Conuento y renta socolor de limosna: y se alegò, que la dicha sentencia del Nuncio estaba passada en cosa juzgada.

Y ansimismo se presentò despues vn Breue de su Santidad de dispensacion, y aprobacion de los capitulos hechos por la Condesa de Tribiana con la Orden de san Francisco.

Y aunque por entonces no se hizo otra diligencia por la Orden de los Carmelitas mas que concluir sin embargo, negando lo perjudicial; auiendose visto el pleito en el Consejo, y viendo que no constaba que la sentencia del Nuncio estuuiesse passada en autoridad de cosa juzgada, ni declarada por tal, se proueyò auto, en que se mandò, que el Prouincial de la Prouincia de Cantabria mostrasse el estado en que estaba el pleito del Nuncio. Y por no auerlo mostrado, para q̄ constasse de la verdad, por parte de los Carmelitas Descalços se ha presentado testimonio, por el qual consta, que el dicho

cho Nuncio les tiene otorgada la apelacion de la dicha sentencia, con termino de quatro meses llanamente.

Y ansimesmo tiene presentado testimonio de la apelacion del auto que proueyò el Ordinario de Calahorra cerca de la verificacion de la narratiua del dicho Breue de dispensacion, y aprobacion, y alegato en forma, haziendo relaciõ de todo, y alegando, que el dicho Breue tiene dos condiciones; y que ninguna dellas concurre, ni està verificada; y que asi no les puede aprouechar à la Orden de san Francisco para gozar de la dicha renta, ni entrar en el dicho Conuento; y ofrecio informacion sobre lo nueuamente deducido, y contradiciõ del Breue nueuamente presentado, y pidio sobre el articulo debido pronunciamiento.

De que se mandò dar traslado à la Orden de san Francisco, y respondio à ello, y contradixo la prueba: y vltimamente el pleito està para determinar sobre las pretensiones de las partes.

Quibus suppositis se fundaràn en este papel cinco Puntos, à que se reduce la sustancia deste pleito.

En el primero se fundarà, que la cosa juzgada, opuesta à la Religion de los Carmelitas Descalços, no es cierta, porque los autos de vista y reuista del Consejo son de por aora, y otras causas.

En el segundo se fundarà, que doña Mariana de Gueuara conforme à la disposicion de don Carlos de Alaba su marido, pudo dar la facultad que dio al Padre Maestro Orbea, Carmelita Calçado, su primo, y en consequencia dello la escritura que el dicho Padre Orbea hizo con los Carmelitas Descalços, fue, y es valida y legitima.

En el tercero, que la Orden de san Francisco, y particularmente los Recoletos y Casas que llaman del Abrojo, son incapaces de poder tener renta, ni hazienda alguna; y que no pueden recebir interesses por el sufragio de las Missas, aunque sea por via de limosna, ni admitir fundacion perpetua, ni obligarse à dezir Missas por rẽta, ni tenerla perpetua en manera alguna.

En el quarto, que el Breue Apostolico, nueuamente presentado, que llaman de dispensacion, y aprobacion, no puede aprouechar al Prouincial de Cantabria, por ser condicional, y no estar en el caso de las condiciones; antes en caso contrario,

rio à ellas: y que la verificacion de la narratiua no se hizo legitimamente, antes tiene muchos defectos, y està apelado della, y que asi no puede la Religion de san Francisco valerse della, ni es considerable.

En el quinto se fundarà, que la cosa juzgada opuesta de la sentencia del Nuncio, en que aprobò la escritura hecha entre el Prouincial de san Francisco, y la Condesa de Tribiana, ni es cierta, ni de aquel pleito se puede sacar cosa perjudicial à los Padres Carmelitas Descalços.

Primero Punto.

EL auto del Consejo de 26. de Febrero de 635. en que se denegò la licencia para entrar en la fundacion de Vitoria, tiene la palabra *por aora*: y asi esto solo es bastante para que no obste la excepcion de la cosa juzgada en contrario opuesta, porque la palabra *por aora*, en los autos de reuista solo obrarà cosa juzgada, mientras no huuiere nueua causa, id est alio non edocto, Alciatus in l. si calumnietur, D. de verbor. signif. Aretin. in §. appellatur, num. 29. Inst. de except. Couarr. variar. resolut. lib. 1. cap. 1. n. 8. & ex pluribus Thesaurus decis. Pedemont. 81. num. 1.

Præterea, el auto de reuista, en que se denegò la licencia, no solo habla con los Carmelitas Descalços, sino tambien cõ la Orden de san Francisco, como parece de las palabras dèl, ibi: *Tampoco la que han pretendido los frailes Franciscos*; y asi no puede alegar en su fauor, ni oponer de cosa juzgada del dicho auto, para conseguir lo que pretende, supuesto que en èl està denegada la licencia igualmente à entrambas partes.

Y el auer suplicado despues del dicho auto el Prouincial de san Francisco, es cosa contraria à la excepcion de cosa juzgada, que tiene opuesta, pues siendo auto de reuista, y auiendo en èl denegacion general, no era suplicable; y asi tãquam allegans contraria non est audiendus, l. 1. C. de furtis, l. Titiæ, D. de conditionib. & demonstr. l. transactione, C. de transactionib. cap. imputari, de fide instrum. cap. solicitudinẽ, de appellationib. cum alijs. Y lo que verdaderamente en sustancia se juzgò en el dicho auto, fue, querer el Consejo enterarse mejor de la verdad: y para esto mandò en el mismo auto, que se lleuasse el pleito al señor Fiscal: y tambien para ver si la

si la Religion de san Francisco era capaz de semejante renta y fundacion; y asi admitio nueuos alegatos de ambas partes, y los papeles que se han presentado despues, sobre los quales, y lo demas deducido y alegado despues acà, ha de caer la determinacion del Consejo sobre la concesion de la dicha licencia. De que resulta, que la cosa juzgada no tiene fundamento, ni por ella se puede impedir la pretension de los Padres Carmelitas Descalços.

Segundo Punto.

DON Carlos de Alaba en el testamẽto con que murio, mandò, que en las casas que se auian de hazer para el mayorazgo de sus padres en la ciudad de Vitoria se hiziesse vna Capilla jũto à ellas para poner los bultos, retablos, y ornamentos, y demas cosas necessarias para el seruicio de la dicha Capilla, señalando cierta renta: y mandò, que lo que sobrasse se conuirtiesse en las obras pias, y limosnas, y las demas cosas que la dicha doña Mariana de Gueuara su muger hiziere y ordenàre à su voluntad, asi en razon de lo susodicho, como de los edificios, retablos, y ornamentos, diziendo, que en todo se guardasse, y cumpliesse lo que la dicha doña Mariana de Gueuara dispusiesse, y ordenasse, dandola para ello tan cumplido y bastante poder como de derecho se requiere. Y que si en su vida no se pudiesse acabar de hazer, pudiesse ordenar, que se hiziesse, y cumpliesse todo lo susodicho despues de su muerte, y por las personas que ella quisiesse nõbrar, y señalar, y como ella lo ordenasse, y mãdasse, se hiziesse; y aquello quiere que se guarde y cumpla, como si expressamente lo dexàra ordenado y mandado. Y la dicha doña Mariana nombrò al Padre Maestro frai Iuan de Orbea, como parece de las clausulas puestas al principio desta informacion.

Y aunque quando alguna persona tiene alguna facultad para hazer, ò disponer alguna cosa, es cosa personal, & in qua censetur electa industria personæ; esta regla se limita quando el mesmo que dio la facultad la dà tambien para que la persona nombrada para el negocio pueda nombrar otras, ex cap. si pro debilitate, & cap. prudentiam, de offic. & potest. iudic. delegati, l. cùm pater, in §. à filia, & in §. rogo, D. de legatis 2.

l.cùm quidam, D.eodem,& ex alijs Molina de primogen.lib. 2.cap.4.num.1.& seqq. & cap.5. eodem lib. num.2. & 3. & seqq. vbi dicit en terminos de mayorazgo, que puede elegir al digno omisso digniori, y que no tiene obligacion à guardar el orden del derecho, sino que puede excluir al primogenito, y llamar al vltimo, y excluirlos à todos los hijos, y llamar à la hija, para que goze de la renta del mayorazgo: y asi mucho mejor podrà elegir otro auiendo incapacidad del primero. Y asi auiendo el dicho don Carlos de Alaba dispuesto claramente, que la dicha doña Mariana su muger lo hiziesse en su vida, y no lo haziendo, pudiesse nombrar personas que lo hiziessen despues de su muerte, no se puede dudar, que el nombramiẽto que la dicha doña Mariana hizo en el Padre Maestro Orbea, y facultad que le dio, fue legitima, ex dictis iuribus; y tanto mas ponderando las palabras de la dicha clausula, ibi: *Por las personas que ella quisiere nombrar y señalar, como ella lo ordenàre, &c.* Et infrà: *Quiere se guarde y cumpla como si èl expressamente lo dexàra ordenado, y mandado*, que fue ratificar lo que el Padre Orbea, como persona nombrada por la dicha doña Mariana hiziesse, cuya ratificacion fue lo mismo que si el dicho don Carlos huuiera dado poder à la persona nombrada por la dicha doña Mariana, ex regula ratihabitio de reg.iur. in 6.& ex l.si ego, D.de negot.gestis, l.communis, in §.procurator, D.de adquir.possess. cum alijs vulgatis.

Y tambien se ponderan las palabras siguientes de la dicha clausula, ibi: *Las personas que ella en su vida, ò para despues de sus dias señalàre, y nombràre, que entiendan en hazer las dichas obras, les pueda señalar el salario, &c.* y asi esta geminacion de palabras induce deliberacion de voluntad del dicho don Carlos, para que el dicho Padre Maestro Orbea, como persona nõbrada por su muger pudiesse hazer lo mismo que ella, ex l.Balista, D.ad Trebell. Corn.cons.187.incipienti, *In consultatione*, num.12.lib.4.latè Barbacia cõs.37.in princ.lib.3. ex pluribus Tusch.concl.28.tom.4.litt.G.num.2.

Y para que no quedasse en sola interpretaciõ de derecho para induzir poder de la ratificacion que hizo de lo que hiziessen las personas nombradas por su muger, dize, ibi: *A los quales, y à cada vno dellos les doi y concedo el mesmo poder que à la dicha doña Mariana de Gueuara.* Con lo qual no se puede dudar, que el Padre Orbea tuuiesse el mesmo poder y facultad que

la

la muger del dicho don Carlos: y que de la misma manera que à ella no se le pudiera oponer defecto de poder, ò facultad, tampoco se le puede oponer al dicho Padre Maestro Orbea, quia argumentũ ab æquiparatis validũ est, ex l. mulier, in princip. D. ad Trebell. l. si mater, & ibi gloss. D. de institutionib. & substitutionib. l. fin. in fin. D. mandati, l. si fideicommissa, in §. si cui, D. de leg. 3. cap. tua, de consang. & affinit. cap. licèt ex quadam, de testib. cum alijs.

Y finalmente son mui apretadas las palabras cõ que acaba la dicha clausula, ibi: *Quiero se guarde como si yo mesmo lo ordenasse, y mandasse, porque assi es mi voluntad.* Con que la escritura hecha por el Padre Orbea con la Religion de los Carmelitas Descalços es tan firme como si se huuiera hecho con el dicho don Carlos, ex Bart. in l. procurator, D. de procuratorib. l. creditor, §. Lucius, D. mandati, argum. text. in cap. 1. de rescriptis in 6. idem Bart. in l. 1. D. de offic. Proconſ. Abbas in cap. fin. de dilationib. in fin. & in cap. petitio, de procuratorib. Ioann. Andr. & idem Abb. in cap. 1. de restitutione spoliat. in fine.

Y no obstarà dezir, que la facultad dada à doña Mariana de Gueuara, fue para hazer vna Capilla, y no para Conuento.

Porque se responde, que en la clausula siguiente, que empieça: *Iten, mando, y pongo por condicion*, dize, que la dicha casa del mayorazgo que se ha de hazer, tenga tribuna sobre la Capilla. Y mas abaxo dize en la mesma clausula, ibi: *Encargandoles, como les encargo, que la dicha Capilla se haga en parte que estè pegada à las casas del dicho mayorazgo, y demanera que la tribuna caiga sobre la Capilla mayor*; y la palabra, *Capilla mayor*, arguye Conuẽto; porque si quisiera la Capilla mayor de la Iglesia, lo dixera, y el no auerlo dicho, fue, porque no se puede entender respeto de ser Ciudad, y ser Colegial, con Dignidades, y Canonigos, y pertenecer à su Magestad el Patronazgo.

Y porque despues de auer dicho esto de la Capilla mayor en la clausula siguiente buelue à hablar de la dicha Capilla, y dize, que assi en el edificio, ostentacion, y adorno, y lo que se ha de gastar en el edificio y bultos, y todo lo demas lo dexa à disposicion y voluntad de la dicha doña Mariana, diziendo, que lo que fuere su voluntad, y ella ordenàre, se haga y execute, porque assi es su voluntad. Y assi ponderando la palabra, *Ostentacion y adorno*, y las facultades amplissimas que dexò

à ſu muger, y el deſear tribuna en Capilla mayor, ſon coſas baſtantes para que pudieſſe fundar, y hazer el Conuento arrimado à las caſas del mayorazgo, cõ tribuna à la Capilla mayor, oſtentacion y adorno de ſemejantes Patrones. Mayormente, eſtando, como eſtà, hecho en toda perfeccion; cõ que no ſe puede tratar ſe haga Capilla, y pierda vna obra, y Conuento tan ſuntuoſo, y de tanta autoridad para el dicho Patronazgo; y aſsi no ſe puede dudar, que el dicho don Carlos dexò facultad à ſu muger para nombrar al Padre Orbea, ex iuribus proximè relatis.

Præterea, la dicha doña Mariana de Gueuara por el teſtamento con que murio, vſando de la facultad que el dicho ſu marido le dio, nombrò al Padre Maeſtro Orbea para que declaraſſe todas las dudas que ſe ofrecieſſen: y aſsi la duda que ſe ha ofrecido ſobre la incapacidad de la Religion de S. Frãciſco, la pudo mui bien declarar, ponderando la palabra *todas*, que es vniuerſal, y las comprehende todas, ſin excepcion alguna, ex l. 1. §. ſi ſtipulanti, D. de verbor. oblig. l. ſi alij, D. de vſufruct. leg. l. in eo quod eſt plus 3. l. in toto 114. D. de reg. iuris, cap. plus 35. cap. in toto, eod. tit. de reg. iuris. Y ſiendo tan notorio hazer nueuos contratos con la Religion de los Carmelitas Deſcalços, ex dictis iuribus.

Y eſto ſe declara mas con las palabras ſiguientes: *Y para que ordenaſſe, y puſieſſe todas las condiciones y clauſulas que le parecieſſe.*

Y no obſta dezir, que el ordenar y poner las dichas clauſulas y condiciones, fue para claridad y ſeguridad de lo diſpueſto, y no para nueuas diſpoſiciones.

Porque ſe reſponde, que deſpues de las dichas palabras dize le dà facultad para que hizieſſe lo miſmo en quanto à todo lo que le cometio el dicho dõ Carlos ſu marido, y que valieſſe todo como ſi ella lo hizieſſe, como parece de las palabras de la clauſula, ibi: *Y anſimeſmo ſe la doi para que haga lo miſmo en quanto a todo lo que me cometio el dicho don Carlos mi ſeñor: y quiero que valga como ſi por mi fuera fecho*; y anſi eſtas palabras no ſolo comprehenden la claridad y ſeguridad, y firmeza de lo que eſtaua diſpueſto, porque eſſo yà eſtaua comprehendido y determinado expreſſamente por las palabras primeras de la clauſula; y aſsi ſi no obràran otra coſa, quedàran ſuperfluàs las finales que ſe acaban de referir, quod non eſt dicendum, quia

quia verba debent intelligi vt aliquid operentur, ex l. si quando 109. D. de legat. 1. l. fin. D. ne quid in loco publico, cap. si Papa, de priuileg. in 6. Felin. in cap. qualiter & quando, el 1. de accussationib. & ex pluribus Tiraq. in tract. conuent. in §. 1. gloss. 2. num. 24. & 45.

Vlteriùs, las dichas palabras son tan amplas y comprehensiuas, que no solo tienen la diccion vniuersal, ibi: *Haga lo mismo en quanto à todo lo que me cometio*, que es comprehensiua de todo, ex l. non distinguemus, D. de recept. arbitris, & ex l. de pretio, D. de Publiciana in rem actionem, cum alijs suprà relatis, sino que acaba diziendo, que quiere que valga lo que hiziere el dicho Padre Orbea, como si ella lo huuiera hecho; y assi fue darle toda la facultad que ella tenia, y vsar de las mismas palabras que su marido auia vsado para dexarle plena facultad, conuiene à saber, que lo que ella hiziesse valiesse como si èl lo dexasse dispuesto.

Præterea, quando la clausula no tuuiera palabras tã amplas, siendo tan notoria la incapacidad de los frailes Franciscos, como se fundarà en el Punto siguiente, pueden los executores mudar la voluntad en otra Religion, para que tenga efeto la fundacion del Conuento, y cumplimiento del legado, ex l. legatum, D. de vsufruct. legat. vbi optimè Bart. & ex l. 1. in princip. D. de vsuris, l. 1. D. de condit. instit. & ex pluribus Molina de iust. & iure, tom. 1. tract. 2. disp. 249. in §. quando, ibi: *Quando aliquid à testatore legatum est ad aliquid pium efficiendũ, nec iuxta testatoris præscriptum potest impleri, non propterea legatum est inualidum, quasi cedat hæredi: sed arbitrio executorum, & Episcopi conuertendum est in aliquid aliud; ita tamen vt quoad fieri possit voluntas testatoris seruetur: vnde si præcipitur ædificari Monasteriũ, aut Ecclesiam in aliquo loco, ibique ædificari non possit, arbitrio simul Episcopi, & executorum eligendus est alius locus, ita colligitur ex cap. 3. de testament. & affirmant Panormit. ibi num. 6. & Couarr. n. 9. & alij DD. communiter.* Esta question mouio la glossa in cap. nos quidem, verb. *In loco*, de testamentis, para resoluer, si legatum sit caducum ex incertitudine loci, y resuelue que no, in verbo *In loco*, circa finem: *Quia testamenta sunt largissimè interpretanda, & quia res ad pias causas relictæ liberæ sunt à lucratiuorum inscriptionibus, 23. quæst. 8. §. quamuis, & l. sancimus.* Y assi la escritura que hizo el Padre Maestro Orbea con los Carmelitas Descalços en virtud de la facultad que le dio la Condesa de

Tribiana, fue legitima y valida, y como tal se ha de mandar, cumplir y guardar, y dar licencia el Consejo para que entren en el dicho Conuento, y fundacion.

Mayormente teniendo consentimiēto de la ciudad de Vitoria, con causas y razones justas y conuenientes à la ciudad y vezinos della, y exclusion expressa de los Frailes Franciscos, porque dizen no se admita Religion que no pueda tener en su cabeça bienes y rentas en propriedad, porque no tengan necessidad de pedir limosna, por la pobreza de la tierra.

Tercero Punto.

LA Religion de san Francisco no es capaz de tener, ni adquirir hazienda, ni sucession por sus votos, probatur ex cap. exijt qui seminat, de verbor. signif. in §. cæterorum, ibi: *Porrò cùm in ipsa Regula expressè contineat, quod fratres nil sibi approprient, nec domum, nec locum, nec aliquam rem sit declaratum per eundem prædecessorem nostrum Gregor. IX.* & ex Clemēt. exiui de paradiso, de verbor. signif. in §. proinde, donde hablando su Santidad de nuestro caso, dize, ibi: *Fratres autē præfati (scilicet Franciscani) nihil sibi in speciali acquirere, vel eorum ordini possunt etiam in communi, declarando dicimus, quòd successionū huiusmodi, quæ etiam ex sui natura indifferenter ad pecuniam, & etiā ad alia mobilia & immobilia se extendunt (considerata sui puritate voti) nullatenus sunt capaces.* Y mas abaxo en el §. cupientes, dize la dicha Clementina, que no solo no son capaces de herencias, pero ni de legados tan grandes, que debaxo del nombre dellos sea como dexarles su herencia, porque en tal caso se presume auerse hecho en fraude de la dicha prohibicion, como parece de las palabras de la dicha Clementina in vers. *Nec liceat*, ibi: *Nec liceat eis valorem hæreditatum talium, vel tantam earum partem, quòd præsumi posset hoc in fraudem fieri quasi sub modo & forma legati sibi dimitti facere, vel sic dimissa recipere, quin potiùs ista sic fieri ab ipsis simpliciter prohibemus*, Concil. Trident. sess. 25. cap. 3. de Regularibus, ibi: *Exceptis domibus fratrum S. Frācisci, Capucinorum, & eorum qui Minorum de Obseruantia vocantur*, atque ita docent Thom. Sanch. in summ. tom. 2. lib. 7. cap. 26. num. 11. Corduba in regula D. Francisci cap. 6. q. 11. punct. 1. & sic quando legatum est magnæ quantitatis, fratres Minores solùm possunt recipere aliquid pro necessitate imminente

nente

nente, residuum verò non possunt admittere, Bart. in tractat. Minoricarum lib. 2. disp. 1. cap. 1. num. 4. & 5. & 6. Azor in summa lib. 12. instit. moral. cap. 23. q. 10. & quæst. seu vers. 11. Sorbus in compend. priuilegior. Mendicantium, in verb. *Legata*, in suis annotationib. vers. *Sed si quæras*.

Y en terminos de Conuentos de la Religion de san Francisco, que sean incapaces de tener rentas sin dispensacion Apostolica, testatur sic fuisse decisum per sacram Rotam Ant. Faber in Codice Fabric. lib. 1. tit. 2. de Episcop. & Cler. diffinitione 31. de singulari Fraciscanor. incapacitate, Azor dict. cap. 23. vers. *Vndecimò*.

Prætereà, es tan grande la prohibicion que tienen los frailes Franciscos para poder tener hazienda perpetua, que aun no pueden tener viñas para el vino necessario para beber los Frailes, quia hoc appropinquat reditibus, vel illorum possessioni, ac vsui, Cordoba in regula D. Francisci d. cap. 7. q. 10. num. 2. & sic etiam tenet ibi in d. quæst. punct. 3.

Y assi si se les haze algun legado de vn predio, ò cosa inmueble, es nulo, por la incapacidad que tiene los frailes Menores de tener dominio en ella: y assi los Autores que mas fauorecen a la Religion de san Francisco en este caso, es, que se ha de vender el predio, y darles el precio por vna vez por via de limosna, y sin que los frailes interuengan en la venta, sino que se haga por los herederos, ò por la justicia de oficio, authentico de Ecclesiasticis titulis, §. si quis autem, Bart. in tract. Minoricarum lib. 2. dist. 4. cap. 3. lo qual procede con tanta estrecheza, que si no se hallasse comprador, tenetur fratres Minores prædium, vel rem immobilem legatam abs se abijcere, vel dare in eleemosynam, cùm nullatenus restituendi sint capaces, Abbas Panormit. in cap. recolentes finali, de statu Monachor. Sanch. d. lib. 7. cap. 26. num. 32.

Y si se dilatàre la venta algun tiempo, los frutos de la cosa inmueble legada à los frailes Menores, no los pueden lleuar ellos, ni su Religion, sino que seràn del heredero cuyo es el dominio, hastà que se venda, y haga la limosna, vt ex Bart. Menoch. & alijs, tenet Thom. Sanch. in loco vbi proximè, num. 32.

Y en terminos de legado de reta, que se les aya de dar en cada vn año, que no sean capaces dèl, ni lo puedan recibir, ex d. Clement. exiui, §. cùmque annui reditus, de verb. signific. ibi:

ibi: *Cùmque annui reditus inter immobilia censeantur à iure: huiusmodi reditus obtineri paupertati & mendicitati repugnet, nulla dubitatio est, quòd prædictis fratribus reditus quoscunque sicut & possessiones, vel earum etiam vsum, cùm eis non reperiatur concessum, recipere, vel habere (conditione ipsorum considerata) non licet*, Fulgos. cōs. 104. Decius in cap. in præsentiā, de probat. in noua editiōne, num. 274. quos refert & sequitur Tiraq. in tract. de rebus exiguis, num. 158. vers. 55. Quesada in diuersis quæstionib. iuris, cap. 22. num. 29. Corduba in regula D. Francisci, cap. 6. q. 11. punct. 3. Bart. in tract. Minoricar. lib. 2. dist. 6. cap. 1. num. 33. Sanch. d. cap. 26. num. 33. D. Bonauētura, qui præ cæteris regulam huius Religionis calluit, tom. 2. opuscul. in lib. Apologetico, quæst. 9. ibi: *De censibus verò domorum fratribus legatorū, nihil quærimus, sicut nec de alijs reditibus*, Azor d. cap. 23. vers. seu quæst. 11.

Y assi siendo la renta que se dexò en cantidad de mas de mil y quinientos ducados en cada vn año, no son capaces de tenerla los frailes de san Francisco, ex iuribus & auctoritatibus superiùs relatis.

Vlteriùs, los aniuersarios perpetuos que se dexan con carga de algunas Missas, dexando alguna renta perpetua, aunque sea por via de limosna, tampoco los pueden admitir, ni son capaces de tenerlos los frailes de san Francisco, porque aunq̃ Manuel Rodriguez en las questiones regulares to. 2. quæst. 126. art. 4. & 5. y otros, dizen, que los pueden recibir, por ser vn estipendio acostumbrado à dar por los sacrificios. La contraria opinion es mas verdadera, de que no son capaces de admitir la renta perpetua por los dichos aniuersarios, y sacrificios de cada año, ex d. Clementina exiui in d. §. cùmque annui reditus, & ibi Ancharr. num. 21. & 22. Nauarr. lib. 3. consilior. tit. de testament. in 1. edit. consil. 13. & 14. num. 3. & cons. 8. à num. 3. Tiraq. in tract. de iud. in rebus exiguis, num. 158. Quesada quæst. iuris cap. 22. n. 29. Dueñas regula 381. in vers. *Amplia septimò*. Surd. de aliment. tit. 3. quęst. 4. n. 13. vbi dicit, se vidisse ordinationem fratruum Minorum, vt nequeant recipere titulo legati, nisi à sponte dantibus, absque oneris obligatione: & non dicitur sponte dare qui debitum soluit, ex Surd. & Nauarro in loco proximè relato; Cordoba in regula D. Francisci punct. 4. notab. 2. vbi refert decisiones huiusdam capituli generalis Minorum, hoc statuentes celebrati

brati Asis anno 1526. cuius verba sunt hæc: *Decernitur, atque præcipitur, quòd fratres nullo modo recipiant aliqua legata perpetuò relicta aliquibus personis, vel hospitalibus, vel alijs domibus, vt dent fratribus certam eleemosynam simpliciter, vt ipsi dicant certa officia, vel Missas: imò quòd Guardianus, vel Præses faciat protestationem iuridicam & authenticam ei, qui implere tenetur testatoris voluntatem, quòd nolunt eas eleemosynas ex vi illius legati, nec volunt obligari ad illa officia, vel Missas, & quòd si volunt, legatarij transferant ad aliũ locum: si tamen facta ista protestatione, legatarius præfatus voluerit ex sua mera voluntate, dare eleemosynas illas, & committere fratribus dicta officia & Missas, possunt fratres cum bona conscientia recipere.*

Et in alterum Capitulum celebratum Burgis anno 1523. cuius verba sunt: *Hæc declaratur, quòd ad perpetua legata petenda non possunt fratres recurrere, nisi per modum eleemosynæ, absque alicuius debiti allegatione, imò cum declaratione scripta & sigillata hæredibus, vel commissarijs facienda; quòd scilicet fratribus non liceat talia petere, nisi humiliter per modum eleemosynæ, & Surd. de aliment. tit. 3. quæst. 4. num. 13. dicit esse illis interdictum ex suorum Patrum ordinationibus, nec posse recipere, etiam si sint anniuersaria titulo legati illius, sed ab hærede sponte sua danti.*

Rursus, es conclusion assentada, que los fräiles Menores no tienen accion para pedir no solo la dicha renta, pero ninguna cosa temporal, ni parecer en juizio, ni litigar sobre ella, ex d. Clement. exiui, in §. cupientes, in vers. *Cùmque dicti Ordinis Fratres*, ibi: *Pro nulla re temporali possunt in iudicio experire, nec vllum ius, seu obligatio ipsis Fratribus adquiritur ad consequendos reditus*, vt constat ex cap. exijt, §. cæterùm cùm in eadem regula, de verbor. signific. in 6. ibi: *In ipsa pecunia nihil omninò fratres iuris habeant, neque administrationem, seu dispensationem, vel contra personam nominatam, vel non nominatam ab eis cuiuscunque conditionis existat actionem, persecutionem, aut aliquod ius intentet qualitercunque persona prædicta in commißione huiusmodi se habeat*, quod optimè explicat Bart. lib. 2. Minoricar. distinct. 7. cap. 2. num. 38. & 39.

Præterea, todo lo susodicho se haze mas claro con lo dispuesto en el capitulo 6. de la regla de los frailes Menores, ibi: *Los frailes Menores alguna cosa, ni casa, ni lugar, ni alguna otra cosa, mas aßi como peregrinos, y aduenediços en este mundo, en pobreza y*

en humildad, sirviendo al Señor, vayan por limosna con confiança; que son palabras tan apretadas, que excluyen notoriamente la pretension desto, ponderando la palabra, *Ni alguna otra cosa*, que corresponde à *nullus, vel nulla*, que es dicciõ negatiua vniuersal, y excluye, no solo lo principal, sino lo accessorio, y secundario, Abbas Panorm. in cap. ad nostrum, de elect. num. 5. Corneus cons. 70. num. 12. vol. 2. & cons. 37. num. 22. vol. 3. Gozadin. consil. 51. num. 23. Bart. cons. 47. in princip. lib. 2. Tiraq. in l. si vnquam, in verb. *Reuertatur*, num. 93. & sequent. C. de reuocand. donat. Veral. decis. 283. num. 2. par. 3. Seraphin. decis. 843. num. 6.

Vlteriùs, para que se conozca la estrecheza con que se debe guardar la santa pobreça, se referiran dos cosas. La vna, de Inocencio III. in cap. cùm ad Monasterium, de statu Monachorum, ibi: *Abdicatio proprietatis, sicut & custodia castitatis, adeò est annexa Regulæ, vt contra eam nec summus Pontifex possit licentiã indulgere*. La otra de vn hecho del Abad Arsenio, que refiere Laurencio Surio cap. 9. tom. 4. *Scilicet Arcadium Imperatorem misisse omnia vectigalia Ægypti, vt per eum pauperibus, & sacris Monasterijs distribuerentur. Ipsum autem Abbatem respondisse: Pecuniæ distributio nequaquam ad me pertinet, qui sum mundo mortuus, mortui verò nulla est actio*.

Y despues en el cap. 25. refiere el mismo Surio, que vn Senador dio vna copiosa herencia, y respondio: *Ego prius mortuus sum, quàm ille, cur ergo me hæredem instituit?* y que renunciò la herencia, y boluio el testamento al que se lo auia traido, sin tomar cosa alguna de la herencia: y assi si este Varon insigne nõ solo renunciò esta herencia sin tomar nada, sino que no admitio los dones del Emperador Arcadio, juzgando, que aun siẽdo para distribuillos, esta distribucion era contra la obseruãcia de su pobreza, quanto mas lo serà el gozar de la distribucion de la renta perpetuamente cada año la Orden de S. Frãcisco, contra su Regla, sacros Canones, Clementinas, y Extrauagantes? porque aunque digan, que derechamente no tienen el dominio, ni accion à ella, basta tenerla, y gozarla por caminos y medios indirectos, ex l. fraus, D. de legib. ibi: *Fraus legi fit, vbi id fit, quod lex fieri noluit, fieri autem non vetuit*; y la razon es, porque no se debe atender à las palabras, sino à la sustancia de la prohibicion.

Y no

Y no obſtan los Breues preſentados por parte de ſan Franciſco.

El primero de la obra pia del Marques de Cañete de los dozientos ducados de renta en cada vn año, haſta juntarſe los dos mil y quatrocientos que ſe ponen en el Arca de tres llaues, para darlos à la Religion de tantos à tantos años: porque antes haze en fauor de los Carmelitas, conſiderando, que con ſer coſa que ſe dà para los gaſtos de la Congregacion, y Capitulo Prouincial, ſin embargo fue meneſter Bula Apoſtolica de diſpenſaciõ, por ſer renta perpetua, y con carga de Miſſas, & ſic exceptio firmat regulam in contrarium, ex l. cùm Prætor, de iudicijs, cum alijs.

El ſegundo es el Breue de los Sindicos, el qual ſe ha de entender para recibir trigo, y otras coſas ſuperabundantes, y para que por medio del Sindico ſe pueda conmutar lo que ſobràre dellas por otras neceſſarias, conforme al Breue de Leõ X. cuyas palabras refiere Manuel Rodrig. in quæſtiõnib. Regularibus, tom. 1. quæſt. 26. art. 4. Y aũ el meſmo Manuel Rodriguez en el dicho lugar, in verb. *Commutare*, num. 3. eſtrecha mucho eſta conmutacion, & dicit cauendum ab ea, por ſer contra la declaracion que Nicolao Tercero hizo del Breue de Leon Decimo, & ſequitur Rodriguez Sanchez d. cap. 26. num. 14.

Y eſto es mas claro conſiderando, que la eſcritura que hizo la Condeſa de Tribiana con la Orden de ſan Franciſco, es para que haga la fundacion à ſemejança de la del Abrojo, q̃ es Caſa Recoleta, y que de ninguna manera tiene, ni ha tenido jamas renta, ni aniuerſarios perpetuos, ni recibe limoſna de Miſſas por medio de Sindicos, ni ſe les permite tener vnas colmenas, ſino que ſon como los frailes Deſcalços de la dicha Orden, y tienen la miſma pobreça y eſtatutos.

Y que los Recoletos de S. Franciſco no puedan tener Sindicos en conformidad de lo mandado por Clemente Quinto, probatur del cap. 3. de las ordenaciones, que trata de la guarda de la ſanta pobreça, in verſ. *Porque vna de las coſas que mas eſtrechamente*, fol. 37. in fine, y à la buelta, num. 11.

Y deſpues en el dicho capitulo à fol. 38. num. 13. dize, que ſi les hizieren algunas mandas, ò legados anuales, los renuncien luego por autoridad de eſcriuano: con que parece claro,

ro, que no pueden ser admitidos los frailes Franciscos à esta fundacion en manera alguna.

Præterea, auiendo considerado todas estas cosas, y viendo por ellas la incapacidad de los frailes de san Francisco que es notoria, y el acuerdo de la ciudad de Vitoria, para que no se admita Religion que viua de limosna, ni aya de pedirla, porla estrecheza de la tierra, sino Religion que pueda tener la renta, y gozalla. El Ordinario de Calahorra dio licencia à los frailes Carmelitas Descalços para entrar en la dicha fundacion, y cumplir con las cargas della: y al Ordinario Eclesiastico es à quien toca el dar la dicha licencia, ex text. in cap. 3. de testam. & ibi gloss. Pastoralis, Barbosa allegat. 28. & ex l. 4. titulo 10. part. 6.

Quarto Punto.

EL Breue de confirmacion y dispensacion de su Santidad, es condicional; porque tiene la clausula, *Quatenus sit in vsu, & non reuocata, sacris Canonibus, & Concilijs Tridentini, & Decretis, & alijs Constitutionibus, & sancti Francisci Ordinis Regularibus statutis non repugnent*, como parece del fol. 7. B. circa finem, quæ clausula reddit dispositionem conditionalem, per ea, quæ tradunt Fr. Manuel Rodriguez quæstionũ regularium tom. 1. quæst. 8. art. 3. Ioan. à Cruce de statu Religios. lib. 2. cap. 3. dubit. 2. conclus. 6. Suarez de legibus lib. 8. cap. 18. num. 16. Decius cons. 149. num. 6. Bartol. in l. 1. D. de conditionib. & demonstrationib. num. 20. gloss. in Auth. de hæredib. & Falcidia in princip. in verb. *Sed quatenus*, & ex pluribus Barbosa de clausulis vsu frequentium, claus. 124. per totam, Marta de clausul. claus. 106. vbi de clausula, Quatenus non sit contraria sacris Canonibus, refert sic fuisse decisum in vna Conchensis decimarum de 10. de Mayo de 1589. coram Orano: y que sea contraria à los sacros Canones, y estatutos, y ordenaciones de los Capitulos generales, queda fundado en el Punto precedente; de que se induce, que no puede aprouecharles la dicha gracia, por ser condicional, y no estar en el caso de la condicion, antes en el contrario y exceptuado en el dicho Breue.

Y el mismo Marta clausula 107. vbi de clausula, *Quatenus*

sit

sit in vsu, dize, que es condicional, & sic fuisse decisum testatur in vna causa Pampilonense de 17. de Mayo de 1577. & in alia causa Leodensi de 12. de Enero de 1576. coram Blanqueto.

Prætereà, quòd stante dicta clausula, *Quatenus sit in vsu*, cõtenta in dicta confirmatione Apostolica, debeat probari vsus, & non sufficiat quòd vsus præsumatur receptus, testatur idem Marta sic decisum per 7. decisiones que refiere en la dicha clausula 107. num. 2. y no està probado en la verificaciõ de la narratiua que se hizo ante el Ordinario de Calahorra, que aya vso, ni costumbre de tener semejantes rentas en la Orden de san Francisco, ni en los Recoletos della; ni ai testigo que deponga del vso, ni costumbre en los Recoletos, ni aun en las Casas de la Obseruancia; y asi viene à faltar el principal requisito en la verificacion de la narratiua, por cuya causa los Padres Carmelitas han apelado del auto del Ordinario de Calahorra, en que la declarò por verificada, y està pendiente sobre la reuocacion, como parece del testimonio presentado, y del traslado de los autos de la verificacion de la narratiua, q̃ estan en el pleito presentados por parte de la Orden de san Francisco, y por la apelacion se extingue el efeto de la sentẽcia, iuxta text. sic intelligendum in l. 1. D. ad Turpill. DD. in Rubr. de appell. n. 7. vbi plures refert & dicit communẽ Beroius num. 40. Ias. in l. causa cognita, n. 7. C. de transact. Paz in praxi tom. 1. par. 6. in proœmio, num. 12.

Quinto Punto.

LA cosa juzgada, opuesta de la sentencia del Nuncio, en que confirmò y aprobò la escritura hecha entre la Condesa de Tribiana, y la Orden de san Francisco, y los declarò por capaces, no es cierta, ni del testimonio presentado consta, se aya declarado por passada en cosa juzgada, sino solo el tenor de la sentencia, y el dia de la pronunciacion de ella, por cuya causa el Consejo proueyò auto, en que mandò, que la parte de la Orden de san Francisco mostrasse el estado que tenia este pleito en casa del Nuncio, y hasta aora no lo ha mostrado; antes por parte de los Carmelitas se ha presentado testimonio de como les està otorgada la apelacion

de la dicha ſentencia, con termino de quatro meſes. Y aſsi no ſolo no ai coſa juzgada, pero ni ſe puede traer en conſequencia la dicha ſentencia. Tum, porque ſe dio ſin hazer defenſa, y ſe fundò en la dicha confirmacion condicional, y en auto de la verificacion de la narratiua que no eſtaua hecha. Tùm, quia appellatio extinguit iudicatum, ex iuribus proximè relatis.

Y aſsi parece que ſe ha de pronunciar en fauor de la Religion de los Padres Carmelitas Deſcalços, como tienen pedido. Salua cenſura, &c.